

国際私法におけるデータ理論について

佐 野 寛

- 一 はじめに
- 二 エーレンツヴァイクのデータ理論
- 三 ドイツにおけるデータ理論の展開
- 四 若上の考察
- 五 むすび

一 はじめに

渉外的な法律関係を規律するにあたって、外国の実質法規を、当該法律関係の準拠法としてではなく、国際私法によって指定された準拠実質法上の構成要件を具体化するデータ(Datum)として考慮するという見解が、近時、ドイツの研究者を中心に有力に主張されている。たとえば、ドイツに常居所を有するドイツ人同士が外国において交通事故を惹き起こした場合、ドイツの国際私法によれば、不法行為準拠法は、当事者の共通本国であり、共通常居所地でもあるドイツ法となるが、加害者が事故地の交通規則に違反していたか否かが、不法行為準拠法であるド

イッ民法八二三条一項が規定する過失の判断にあたつて斟酌される。また、契約準拠法をドイツ法とするイランへのビールの輸出契約について、イランにおけるいわゆるイスラム革命の結果、イランへのアルコール類の輸入が禁止されたため、その履行が不可能となったという事案において、イランの輸入禁止措置により契約の履行が事実上不可能となったことが、ドイツ民法二四二条における行為基礎の喪失を構成する事実として考慮される²。このように、当該法律関係の準拠法に属さない外国の実質規定——すなわち、右の例における事故地の道路交通規則、イランの輸入禁止に関する法律——を、準拠法が定める構成要件を具体化するための与件(データ)³として、準拠実質法を適用する段階で考慮しようとするのが、いわゆるデータ理論(Datum Theorie)である。

このようなデータ理論は、右に挙げた例からも窺うことができるように、一面において、従来の学説・判例が必ずしも十分な検討を加えることなく、いわば自明のこととしてきた問題について、一つの理論的な説明を試みたものとみることができる⁴。しかし、データ理論の対象とする問題が、近時の国際私法をめぐる議論の中でも、とりわけその解決が困難とされる問題、すなわち、いわゆる「不法行為準拠法の柔軟化」に伴う不法行為地法の新たな理論的位置づけにかかわる問題⁵や国際契約に関する第三国の強行法規の適用にかかわる問題⁶であることからみても、そこには単なる理論的な説明の試みを越えて、渉外的な法律関係の規律方法それ自体に関する根本的な問いかけが内包されているように思われる。たとえば、データ理論の最も有力な提唱者であるジェイムは、ヨーロッパの学説および判例において、内国法を適用する際に「外国での事象を考慮する」という傾向が強くなっており、その場合に外国の法規が特別な役割を演じるとした上で、「国際私法の伝統的な指定の技法(Verweisungstechnik)は、きつと近い将来には、おそらく外国と関連をもつ事件を解決するためのその他の方法の一つにすぎないということになるであろう」と述べている⁷。さらにまた、データ理論は、不法行為および契約の分野だけではなく、後述するように、最近では、家族法や国際刑法の領域においても主張されるようになっており、それらの主張を通観すると、

近時のデータ理論は、渉外的な法律関係を規律するための新たな方法論の導入を志向するものとみることができる。その意味において、この理論につき検討を加えることは、今後わが国における渉外的な法律関係の規律のあり方を考える上でも、何がしかの意義があるように思われる。そこで、本稿は、従来わが国において必ずしも十分な検討がなされてきたとはいえないデータ理論について、その主張するところを紹介し、その意義と問題点について若干の考察を加えようとするものである¹⁰⁾。

ところで、周知のように、このようなデータ理論は、もともと、アメリカの国際私法学者エーレンツヴァイクによって主張され、その後、彼の高弟にあたるジェイムによってドイツにもたらされたものである。あらためて述べるまでもなく、エーレンツヴァイクは、著名な彼の国際私法理論である、いわゆる法廷地法主義理論¹¹⁾(*lex fori theory*)によって広く世に知られるが、アメリカにおいてすらほとんど影響力を及ぼすことがなかった彼の理論が、何故ドイツにおいてこのような広がりをもって論じられるに至ったかは、それ自体興味深い問題といえよう。もともと、近時ドイツにおいて主張されているデータ理論は、いずれもエーレンツヴァイクの理論に起源をもつことを認めているものの、実際その意図するところにはかなりの相違があるように思われる。そこで、以下ではまず、この理論の最初の提唱者とされるエーレンツヴァイクのデータ理論を紹介し、次いで、そのようなデータ理論が、その後、ドイツにおいてどのような展開を遂げているかを考察することにした。

(1) 周知のように、ドイツにおいても、不法行為の準拠法については不法行為地法主義が原則として採用されているが、外国におけるドイツ人間の不法行為については、一九四二年一月七日の「帝国領域外におけるドイツ国民の損害についての法適用に関する命令」が存在している(RGBL. I, S. 706)。同命令一条一項は、ドイツ領域外におけるドイツ人間の不法行為についてドイツ法の適用を定めており、学説上異論はあるものの、連邦通常裁判所は現行法として同規定の効力を認めている(BGH v. 2. 2. 1961. BGHZ 34, 222)。したがって、本文のような場合には、ドイツ法が不法行為の準拠法になるものと考えられる。

なお、判例は、この規定を双方化して、外国人についても共通本国が同時に共通常居所地である場合には、その地の法を当事者間の不法行為について適用するとしており、学説の多くもこのような立場を承認しているとみられる。たとえば、BGH v. 3. 1983, BGHZ 87, 95 = NJW 1983, 1972 = IPRax 1984, 30 Anm. Hohloch, Vgl. Kreuzer, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 2. Aufl., 1990, Rz. 70, 78, 80 Art. 38 EGBGB; Staudinger-von Hoffmann, Kommentar zum BGB, Art. 38nF EGBGB, 12. Aufl., 1992, Rz. 128, 129; G. Kegel, Internationales Privatrecht, 7. Aufl., 1995, S. 546. なお、右の法適用命令については、折茂豊『涉外不法行為法論』一四一七頁（一九七六年）および中野俊一郎『涉外的道路交通事故と共通属人法の適用——ドイツ判例理論の展開——』神戸法学雑誌四一巻二号一四二一—一四四頁（一九九一年）参照。とくに、中野・一四二頁以下は、ドイツにおける共通属人法の適用に関する近時の判例・学説について詳細な検討を行っている。

- (2) Vgl. BGH v. 8. 2. 1984, NJW 1984, 1746 = WM 1984, 432 = IPRax 1986, 154 Anm. Mühlbert = RabelsZ 53, Jg. 1989, 146 Anm. Baum, への判決については、拙稿『国際取引の公法的規制と国際私法——西ドイツにおける判例を中心として——』松井芳郎・木棚照一・加藤雅信編『国際取引と法』一七六頁（一九八八年）参照。

- (3) Datum の訳語については、「所与」（桑田三郎教授）、「与件」（五十嵐清教授）、「資料」（井之上宜信助教）などが考えられるが、Datum の内容についても論者の間に相違があることを考慮して、本稿では原語のまま「データ」を用いることにしたい。なお、それぞれの訳語については、パウ・ハインリッヒ・ノイハウス（桑田三郎訳）「ヨーロッパ国際私法上新たな道は存在するか」法学新報八一巻九号一四五頁（一九七四年）、五十嵐清「命令ドイツ法学者のアメリカ法への影響」札幌法学六巻一・二合併号一五頁（一九九五年）、井之上宜信「国際私法における特別連結論について」高岡法学一卷一号一九七頁（一九九〇年）参照。

- (4) 国際家族法の分野についてデータ理論の導入を提唱するヘスラーは、彼の研究の出発点が国際家族法に関する判例にみられる特別な実質化の傾向 (Materialisierungstendenz) にあったとし、すでに若干の裁判所が、実質法の適用の平面における方法論上の基礎づけなしに、抵触法上排除された実質法を準拠実質法の一般条項の中で考慮していると指摘している。H. J. Hesler, Datum-Theorie und Zweistufigkeit des internationalen Privatrechts, in: Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht, 1986, S. 137. また、データ理論に批判的なゾンネンベルガーも、「実質法上の不確定概念（たとえば、違法性や子の福祉その他これに類するもの）や民法一三八条、二四二条のような一般条項を、外国と関連しているにもかかわらずドイツ法が準拠法となっている事実関係に適合させるために、第三国の規定の助けを借りてそれらをいっそう明確にすることができ（それどころか明確にしなければならないか）、そしてそれはいかなる要件の下で許されるかといった問題は、国際私法の対象ではない。そこにおいて問題となっているのは、古くから知られた実質法上のテーマである」と述べて、この問題の存

在自体は以前から認識されていたことを明らかにしている。Sonnenberger, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 2. Aufl., 1990, Rz. 6 Einleitung EGBGB.

- (5) 「不法行為準拠法の柔軟化(Auflockerung des Deliktsstatus)」は、伝統的な不法行為地法主義の緩和を意味している。Vgl. H. Binder, Zur Auflockerung des Deliktsstatus, RabelsZ. 20, Jg., 1955, S. 401; Staudinger von Hoffmann, a. a. O. (Anm. 1), Rz125. したがって、「不法行為準拠法の柔軟化」に伴い、不法行為地法の意義は必然的に低下することになるが、本文の例のように、データ理論は、不法行為準拠法の決定とは別個に、行為規範としての行為地の交通規則・安全規則の考慮を可能にするという機能を持つ。この点について、中野俊一郎助教授は、「ドイツの通説・判例が、いわゆるローカル・データ理論によって行為地の交通規則、安全規則の顧慮を説くのは、不法行為地法主義の緩和のために必要なステップであったと考えられる」と評価している。中野・前掲(1)二六〇頁。
- (6) 国際契約における第三国の強行法規の適用に関しては、「いわゆる強行法規の特別連結(Sonderanknüpfung)論が有力であるが、データ理論は、契約準拠法の実質規定の枠内で第三国の強行法規を考慮するものとみることができむ。Vgl. P. O. Mübert, Ausländische Eingriffsnorm als Datum, IPRax 1986, S. 140f.; E. Vetter, Kollisionsrechtliche Fragen bei grenzüberschreitenden Subunternehmerverträgen im Industrieanlagenbau, ZVglRWiss 87, Jg., 1988, S. 270ff.
- (7) E. Jayme, Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen — Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie —, in: Gedächtnisschrift für Albert Ehrenzweig, 1976, S. 42f.
- (8) H.-J. Hessler, Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht, 1985, S. 138ff.
- (9) S. Grundmann, Berücksichtigung ausländischer Rechtsvorstellungen im Strafrecht — Zur "Datumtheorie" im internationalen Strafrecht, NJW 1985, 1253ff.
- (10) わが国においてデータ理論に触れた文献としては、井之上・前掲(3)二九七—二九八頁、中野・前掲(1)二六〇頁、五十嵐・前掲(3)一五頁などがある程度である。
- (11) エーレンツヴァイクの法廷地法主義理論を包括的かつ批判的に考察したものとしては、丸岡松雄教授の優れた研究がある。丸岡松雄「エーレンツヴァイクの法廷地法主義理論(一)」(三二)岡山大学法経学会雑誌一七巻四号一頁以下、一八巻一—九七頁以下、二二—二九頁以下(一九六八年—一九六九年)。

二 エーレンツヴァイクのデータ理論

一 「エーレンツヴァイクの体系の要をなしているのがデータ理論である」。これは、エーレンツヴァイクの高弟にあたるジュイムの言葉であるが、そこで述べられているエーレンツヴァイクのデータ理論とはいったいかなるものなのであろうか。ここでは、エーレンツヴァイクの言葉によりながら、彼の見解を検討することにした。

ところで、当のエーレンツヴァイクによれば、「データ」という用語を用いて、外国の法規が準拠法以外の目的で参照される場合を明らかにしたのは、カリーであるとされている。いうまでもなく、カリーは、有名な「統治利益分析 (governmental interest analysis)」の理論の提唱者として知られるが、外国法の機能について次のように述べている。すなわち、「いかなる目的のためにわれわれは他州法を参照するのであろうか。われわれは、多様な異なる目的のためにそれを行う。そのうちのあるものは法の抵触と無関係であり、そしてまたあるものは抵触法の中心問題とは何らの関係もない。そのような中心問題とは、一つまたはそれ以上の州の利益が潜在的に関連する場合に、適切な裁判規範 (rule of decision) を発見することである。しかし、われわれは、しばしば、裁判規範を発見するためにではなく、まったく別な目的のために外国法を参照することがある」と。このように、カリーは、外国法を参照することの意味を分析した上で、「裁判規範」を提供する法として、つまり準拠法 (applicable law) として外国法が適用される場合と、法廷地の裁判規範に関連する「データ」を提供するにすぎない場合とを区別している。

それでは、外国法がそのような「データ」として参照される場合とは、具体的にはどのような場合であらうか。カリーによれば、これには、法選択規則 (choice-of-law rules) が適用される場合と、それがまったく利用されない場合とがあるとされる。すなわち、法選択規則とは無関係に外国法が参照される場合とは、たとえば法廷地の相続

法が相互主義をとる場合である。つまり、法廷地の相続法が、外国人による土地の相続を許可する前提として、相続人である当該外国人の本国法がアメリカ人に対しても自国内の不動産相続を許すことを要求している場合、相続人の本国法は、裁判規範である法廷地の相続法を適用するために必要なデータとして参照される⁶。また、道路交通規則や日曜日の営業取引を禁止する規則は、行為規範 (rule of conduct) であって、それらの規則を制定している州の領域内での行為に対してのみ適用される。したがって、たとえ法廷地法が裁判規範とされる場合にも、法廷地の領域外で行われた行為に対しては、法廷地の行為規範は適用されず、当該行為地の行為規範がそれに代わることになる。このように、これらの場合には、外国法は、法選択規則を介することなく、法廷地の裁判規範にとって重要なデータとして参照されるのである。

一方、カーリーは、法選択規則も、裁判規範を選択するためではなく、法廷地法上の裁判規範の適用に必要なデータを提供するという二次的な目的に用いられる場合があると⁷する。そのような場合の例として、カーリーは、次のような労働者災害補償の事例を挙げている。すなわち、ニューヨーク州の企業によって雇用された労働者が同州内で発生した労働事故によって死亡したという事例で、長年同州内で夫婦として生活してきたその妻が労働者災害補償の請求をした場合、裁判規範を提供するのはいうまでもなく法廷地であるニューヨーク州の法律である。しかし、この「夫婦」がいずれもイタリア人であり、イタリアにおいて宗教上の儀式を挙げ、その後夫婦として生活してきたという場合には、ニューヨーク州の労働者災害補償法が規定する死亡した労働者の「寡婦」の要件に関連して、その婚姻の有効性が問題となる。カーリーによれば、ここにおいて、「ニューヨーク州法の解釈の過程は、婚姻の有効性を『支配』する法として——婚姻挙行地であり、その当時における当事者の住所地である——イタリア法を指定する『法選択規則』が介入することによって中断される」。しかし、この場合にも、「イタリア法は裁判規範を提供するものではない。なぜならば、ニューヨーク州の労働者災害補償法の下でニューヨーク州の雇用者から補償を

受けるニューヨーク州住民の権利の問題に関するイタリア法は存在しないからである。したがって、たとえイタリア法によれば当該婚姻が無効と判断されるとしても、それはせいぜいイタリア裁判所がその婚姻を有効なものとして承認しないことをわれわれに知らせるにすぎないとされるのである。

このように、カリーは、外国法が参照される場合の中には、われわれが一般に準拠法として外国法が適用される場合と観念するもの——カリーがいうところの裁判規範として適用される場合——と、法廷地法を適用するための要件や判断資料として参照される場合とがあることを明らかにし、後者の場合における外国法を「データ」と呼ぶことによって、両者の相違を明確にしようと試みている。もともと、カリーは、「データ」として外国法を参照する場合を彼の統治利益分析論のいわば射程外の問題として扱っており、「データ」とされる外国法規の種類および内容やその参照の方法についても右に述べた以上の分析を行ってはいない。要するに、カリーは、彼の統治利益分析論の正当性を補強する論拠として右のような区別を明らかにしているが、それを越えて、「データ」として外国法を参照することに積極的な意味を与えるまでは至っていないように思われる。

二 右のようなカリーの見解に対して、とりわけ「データ」としての法規の参照という方法に積極的な意味を与えようとしたのが、エーレンツヴァイクである。彼はまず、カリーの理論について次のように述べる。すなわち、「カリーは、抵触法の『理論』に関わりなく、外国の法規の下で取り扱われるべき一定の問題についての新しい用語をアメリカの用語法の中に取り入れたといわねばならない。彼は、そのために、外国の法規が単なる『データ』として適用される場合を、法の選択によって外国の裁判規範を必要とする場合と対照させている。しかし、この新しい用語は、法律関係性質決定や反致という用語のように、さらに古いヨーロッパの学問と経験を知った上でそれが提案されていたならば、きっと役に立ったであろう」と。

このようにエーレンツヴァイクは、「データ」としての法規の参照という方法を積極的に評価し、それに基づく独

自の理論を展開している。彼の理論の第一の特色は、カーリーが明らかにした「データ」としての外国法規に加えて、「道徳的データ (moral data)」という概念を新たに導入したことである。すなわち、エーレンツヴァイクは次のように述べる。「外国的要素の存在にもかかわらず、一般に何らの議論もなく、法廷地法がまったく自動的に適用されている潜在的に非常に大きな別の一群の事例が存在している。これらの事例では、その置き換え、もっともそのようなことはめったにないことではあるけれども、それが争点となりうる内国規定は、正義あるいは公平という言葉によって表現されている。わたしは、これらの事例を、地域的データ (local data) と同じように、定義上は外国法に服する『道徳的』データに関するものとして分離することを提案する」¹³。と。このように、エーレンツヴァイクは、外国的要素に基づいて外国法が適用されるべき場合であっても、公平や正義の観念が問題となるときは、裁判所は常に法廷地法の基準によってきたとして、そのような場合における法廷地法の基準を「道徳的データ」と呼び、通常の法適用の場合とは区別すべきことを提唱している。たとえば、エーレンツヴァイクは、道徳的データの例として次のような事例を挙げている。「外国会社の証券の売却についての外国契約を仮定する。そして、その契約の特定履行訴訟において、原告は、第三国で私信を秘密に抜き取ることによって不適切に証拠を得ており、汚れた手 (unclean hands) で公平を求めるものであると申し立てられたとする。契約地法であれ、会社設立地法であれ、不法行為地法であれ、裁判所が、自国法以外の法に基づいてそのような抗弁を許すことが考えられるであろうか。裁判所は、原告が『問題となっている争点について公正かつ詐欺 (fraud or deceit) によることなく行為した』かどうか、あるいは裁判所は『不公正や悪意によって汚れた者に対しては公平法裁判所の扉を閉ざすという自律的な命令』を適用すべきかどうかについて、常に自らの見解を適用するであろう」¹⁴、と。さらにまた、次のような例も挙げられている。オーストリア裁判所がスイス法を準拠法とする契約について判断しなければならぬ場合、スイス民法には問題となる争点に関する規定が欠けており、また先例もないとする。スイス民法一条二項によれば、そのような場合、

裁判官は立法者の役割において新しい規定を創造しなければならないが、オーストリアの裁判官にスイスの裁判官の道徳的判断を要求することがまじめに主張できるであろうか、と。¹⁵ エーレンツヴァイクによれば、このようなクリーン・ハンス (clean hands) の原則や禁反言などの衡平法上の抗弁、「信義誠実」の原則、「善良なる風俗」のような価値判断の補充が必要な概念に関して、¹⁶ 各国の裁判所は従来から自国の基準に従っており、それは裁判官の心理として当然のことであるとされるのである。¹⁷

他方、データ理論のもう一つの柱とされる「地域的データ (local data)」については、エーレンツヴァイクは、カリーの「データ」概念をほぼそのまま受け継いでいる。¹⁸ すなわち、前述したニューヨーク州の労働者災害補償法の適用に関連して参照されるイタリアの婚姻法をはじめとして、相互の保証を要件とする相続法に関連して参照される相続人の本国法、自動車事故における事故地の交通規則、履行不能に関連して参照される外国の通商禁止法規など、エーレンツヴァイクによっても、いずれも地域的データの例とされている。¹⁹ エーレンツヴァイクの第二の特色は、先にカリーについて彼が論評した言葉にもあるように、ヨーロッパの国際私法理論との関係でこれらの問題を考察していることである。すなわち、エーレンツヴァイクは、ヨーロッパの学者も、法廷地の抵触規則によって直接に指定される外国規定を、内国規定の適用要件を構成する外国規定あるいは「事実」として現れる外国規定と並置することによって類似の区別を行っていると指摘した上で、²⁰ とくにヨーロッパ国際私法における「先決問題」との類似性に言及している。いわく、裁判規範とデータとの区別をする場合、われわれは、次のことを心に留めておかなければならない。すなわち、そのような区別は、絶対的に確定的なものではなく、学問的な議論上人気のあるあの問題、つまりヨーロッパ理論の先決問題について提案された様々な解決と同様に、その置き換えが求められている内国規定の表現とその解釈の「相対的な」結果だということである、と。²¹ このようにエーレンツヴァイクは、裁判規範とデータとの区別はあくまでも相対的なものであり、結局それが内国実質法規の解釈に依存しているとい

う点で、ヨーロッパの国際私法理論における先決問題の議論に相通じる面があると理解しているのである。⁽²²⁾

このように、エーレンツヴァイクのデータ理論は、「地域的データ」と「道徳的データ」という、その性質も、その内容および適用の根拠も異なる二つのデータから構成されている。両者に共通する点は、データとされる法規が、その性質上、特別な理論的根拠によることなく、いわば「自動的に (automatically)」適用されるという点である。⁽²³⁾ この意味で、エーレンツヴァイクは、データという用語を、概念的な分析のためにではなく、主としてアメリカの判例を通しての事実的な観察の結果を表すために用いている。⁽²⁴⁾ それでは、これらのデータは、エーレンツヴァイクの国際私法理論の中で、どのように位置づけられているのであろうか。

エーレンツヴァイクは、渉外的な法律関係の中で、抵触法上の問題が生じない場合を「非選択 (non-choice)」の事例として、抵触法理論の適用対象から除外をする。彼は、抵触法理論の適用対象を、条約や制定法、定式化された、あるいはまだ定式化されていないが真正の判例法上の規則および事実的解釈といったすでに確立されたルールによってカバーされていない状況に限定しているが、右に述べた意味において、「非選択の事例」はこれをさらに制限するものということができる。⁽²⁵⁾ ところで、データとして適用される外国法規あるいは法廷地法は、先にみたように、法廷地の実質法規の構成要件的要素として(地域的データの場合)、あるいは正義や公平といった実質規定上の一般条項における価値概念を充足するために(道徳的データの場合)、いわば自動的に適用されるのであり、その意味で法選択ということは問題とならない。すなわち、エーレンツヴァイクによれば、データとしての法の適用は、その性質上自明であり、法選択理論の対象外の問題、つまり「非選択の事例」に該当するとされるのである。⁽²⁶⁾ したがって、法選択の場合を対象とする彼の法廷地法主義理論も、データの問題についてはそもそも適用されないことになる。

三 以上のことから、エーレンツヴァイクのデータ理論は、大略、次のように要約することができるであらう。⁽²⁸⁾

① 法廷地法が裁判規範として適用される場合であっても、その実質規定の構成要件に関連して、特定の外国法規が「地域的データ」として参照される場合がある。その場合、外国法規が裁判規範として適用されるか（この場合には、いわゆる先決問題の事例となるものと思われる）、あるいはデータとして参照されるか、また、いかなる国の外国法規が適用されるかは、いずれも当該実質規定の内容およびその解釈によることになる。

② これに対して、外国法が裁判規範として適用される場合であっても、実質規定上の一般条項における正義や公平といった価値判断にかかわる問題については、「道徳的データ」として法廷地法が常に適用される。その場合の根拠は、裁判官の行動に関する心理学的分析である。

③ さらに、このようなデータとしての外国法規あるいは法廷地法の適用は、「非選択」の場合に該当する。したがって、法選択の場合を対象とする抵触法上の理論はこの場合には適用されない。

- (1) E. Jayme, *Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen — Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie* —, in: *Gedächtnisschrift für Albert Ehrenzweig*, 1976, S. 39.
- (2) データ理論について論じたエーレンツウィグの主要な文献としては、次のものがあろう。A. A. Ehrenzweig, *Local and Moral Data in the Conflict of Laws*; *Terra Incognita*, *Buffalo Law Review*, Vol. 16, 1966, p. 55; *id.*, *Private International Law, General Part*, 1967, p. 77; *id.*, *Local and Moral Data in the Conflict of Laws*, in: *Three Discussions on the Conflict of Laws*, 1970, p. 45; *id.*, *Conflicts in a Nutshell*, 3rd. ed., 1974, pp. 11, 103.
- (3) Ehrenzweig, *Local and Moral Data in the Conflict of Laws*; *Terra Incognita* (supra n. 2), p. 55; *id.*, *Private International Law* (supra n. 2), p. 83.
- (4) カリーの統治利益分析の理論については、丸岡松雄「カリーの政府利益の理論（一）」（五）「岡山大学法学会雑誌」三三卷一號一頁、二號一頁、三・四號九一頁、二四卷一號三三頁、二號一頁（一九七三年・七四年）、砂川忠伸「アメリカ抵触法における利益分析論——カリーの基礎理論を中心として——」「国際法外交雑誌」八一巻五號一頁（一九八一年）などが詳しい。
- (5) B. Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, 1963, p. 66.

- (6) Currie, *supra* n. 5, p. 67. たとえば、当時のカリフォルニア州遺産管理法 (Probate Code) 二五九条は、非居住者である外国人の相続について、そのような相互主義をとっていた。
- (7) Currie, *supra* n. 5, pp. 68-69.
- (8) Currie, *supra* n. 5, p. 69.
- (9) Currie, *supra* n. 5, pp. 70-71. さらに、カリリーは、ニューヨーク州裁判所は、本文のような情報を手にして、原告がニューヨーク法の意味における「寡婦」であるかを引き続き決定することになるが、ニューヨーク法の正しい解釈に従い、当該男女が誠実に夫婦の関係を維持していたとすれば、「寡婦」の用語は原告を含むとされるかもしれない、と述べている。id. p. 71. したがって、カリリーにおいては、イタリヤ法における当該婚姻の有効性は、あくまでも原告がニューヨーク州法上の「寡婦」に該当するか否かの判断資料と考えられており、わが国やヨーロッパ国際私法における「先決問題 (Vorfrage)」といったような考え方はされていない。
- (10) カリリーは、両者が区別されるべきことを次のように強調していたが、少なくとも当面の議論においては、彼の統治利益分析論の対象を裁判規範の発見の場合に限定していた。いわく、「その区別は、定式化することが難しく、また適用することも困難であるが、それは本質的であり重要である。法の抵触は、われわれが実践しているように、まったく種々の目的のために外国法を参照することに関係する。われわれがそれらを区別することを怠れば、少なからぬ程度、厄介な問題をもたらすことになる。その区別がより容易に適用され得るためには、それが明確にされ、より適切に述べられることが必要である。そして、われわれは、裁判規範を発見するということ以外の目的で外国法が参照される場合についてもよく知ることが必要である。しかし、さし当たり、わたしは、すべての抵触の事案を(1) 外国法を参照する目的が裁判規範を発見するためであるという場合と(2) それを参照することがその他の目的であるという場合とに分類することにしよう。そして、以下における議論は、前者の場合に厳密に限定される。」¹⁾ Currie, *supra* n. 5, p. 178. なお、ケイは、トレイナー裁判官の判決を引用しつつ、外国法が裁判規範のために参照される場合でなくとも、カリリーのアプローチが必要とする法廷地の政策と利益の注意深い分析は有益であるとして、「データ」として外国法が参照される場合についても利益分析の方法の有用性を説いている。H. H. Kay, *Conflict of Laws: Foreign Law as Datum*, *California Law Review*, Vol. 53, 1965, pp. 55-60.
- (11) カリリーが「データ」として外国法が参照される場合を明らかにした論文においても、主要なテーマとされたのは、利害関係のある当事者が時宜を得た適切な方法で外国法の適用を主張・立証しない限り、裁判所は法廷地法によって裁判することが手続的正義になうということを確認することであった。この点については、丸岡・前掲「カリリーの政府利益の理論(一)」²⁾ 岡山大学法学会雑誌二三巻一三三頁注(6)を参照。したがって、カリリーは、いわばその傍論として、外国法が裁判規範以外の

- 目的で参照される場合には、この原則が必ずしも必ずしも適用されるべきでない。Currie, *supra* n. 5, p. 75.
- (12) Ehrenzweig, Local and Moral Data in the Conflict of Laws, in : Three Discussions (*supra* n. 2), p. 45.
- (13) Ehrenzweig, Local and Moral Data in the Conflict of Laws, in : Three Discussions (*supra* n. 2), p. 49. 又、エーレンツウィグは「外国の要素があるにもかかわらず、抵触法によることなく法廷地法が直ちに適用される場合として、他に強行法規と手続法規の場合を挙げている。See, *id.*, Private International Law (*supra* n. 2), pp. 76-77.
- (14) Ehrenzweig, Local and Moral Data in the Conflict of Laws, in : Three Discussions (*supra* n. 2), p. 49.
- (15) Ehrenzweig, Local and Moral Data in the Conflict of Laws, in : Three Discussions (*supra* n. 2), pp. 50-51 ; *id.*, Private International Law (*supra* n. 2) - pp. 79-80.
- (16) エーレンツウィグは「道徳的データの例として、本文に述べたもの他にも、禁反言や法人格否認の法理などの抗弁や、不法行為における「過失」の基準、「海員の通常の慣行」や「適度の速度」といった海法上の倫理的基準など、正義や公平、あるいは風俗や慣習・慣行に関連する多様な規定を挙げている。Ehrenzweig, Local and Moral Data in the Conflict of Laws, in : Three Discussions (*supra* n. 2), pp. 49-51 ; *id.*, Private International Law (*supra* n. 2), pp. 78-81 ; *id.*, Conflicts (*supra* n. 2), pp. 95-102.
- (17) このように「道徳的データが常に法廷地法による主張は、裁判所の実際の行動の観察と裁判官の判断の心理学的な分析に基礎を置いている。シェイムは、このような見解の背後には、心理学の知識が抵触法理論によっても受け入れられなければならないというエーレンツウィグの信念が存在するとしている。Jayme, a. a. O. (Ann. 1), S. 39.
- (18) Vgl., H.-J. Hessler, Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht, 1985, S. 151f.
- (19) Ehrenzweig, Local and Moral Data in the Conflict of Laws, in : Three Discussions (*supra* n. 2), pp. 45-47 ; *id.*, Private International Law (*supra* n. 2), pp. 83-84.
- (20) Ehrenzweig, Local and Moral Data in the Conflict of Laws, in : Three Discussions (*supra* n. 2), p. 47 ; *id.*, Private International Law (*supra* n. 2), p. 84.
- (21) Ehrenzweig, Local and Moral Data in the Conflict of Laws : Terra Incognita (*supra* n. 2), p. 58-59 ; *id.*, Private International Law (*supra* n. 2), p. 85.
- (22) エーレンツウィグは、先決問題に関するヨーロッパの経験が、常に法廷地の抵触規則によるとか、あるいは本問題の準拠法所属国の抵触規則によるとかという一般的な準則に基づく解決が妥当でないことを明らかにしているとして、先決問題についても法廷地の実質法規の解釈に依存せしめている。そして、前述のカリーの設例に関して、ニューヨーク州の補償法が婚

姻挙行地法の下で有効に婚姻しているすべての女性のために規定されていると解釈されるならば、答えるべき先決問題は存在せず、その法がデータとして適用されることになろう、としている。Ehrenzweig, *Local and Moral Data in the Conflict of Laws: Terra Incognita* (supra n. 2), p. 39. なお、先決問題に関するエーレンツヴァイクの見解については、丸岡松雄「エーレンツヴァイクの法廷地法主義理論(一)」、「(二)」岡山大学法経学会雑誌一八卷二一〇三—一〇四頁、三〇一—一四七頁(一九六九年)参照。

(23) Ehrenzweig, *Local and Moral Data in the Conflict of Laws : Terra Incognita* (supra n. 2), p. 56.

(24) Ehenzweig, Local and Moral Data in the Conflict of Laws, in : Three Discussions (supra n. 2), p. 82. ジャーイム・エーレンツウィグの理論を発見的原理 (heuristicische Prinzipien) と呼んでいる。Jayme, a. a. O. (Ann. I), S. 41. また「エーレンツウィグが判例の觀察を重視していることについては、丸岡・前掲「エーレンツウィグの法廷地法主義理論」(三)」。八卷三号六一五—六八頁参照。

(5) Ehrenzweig, *Private International Law* (supra n. 2), p. 78; id., *Conflicts* (supra n. 2), pp. 95-102; id., *Specific Principles of Private Transnational Law*, *Reueneil des Cours*, 1968-II, pp. 183-198, 200-201.

(26) エーレンツワアイクは、次のように述べている。データという用語は、地域的データを法廷地法または外国法に、道徳的データを法廷地法に割り振ることによって、抵触法理論の適用範囲をさらに限定することを企図している。その場合、この用語によって狭められるのは、抵触法ではなく、抵触法理論である。さらに先取りしていえば、統治利益も、優先の原理、抵触法の正義、争点の個別化、あるいはプロパー・ロウも、地域的データとしての法廷地法または外国法の選択、あるいは道徳的データとしての法廷地法の選択に何ら影響を及ぼさないであろう、と。Ehrenzweig, *Local and Moral Data in the Conflict of Laws*, in: *Three Discussions* (supra n. 2), p. 82. なお、エーレンツワアイクが抵触法理論の適用対象を限定していたことについては、丸岡・前掲「エーレンツワアイクの法廷地法主義理論(二)」岡山大学法経学會雑誌一七卷四号四八五頁(一九六八年)参照。

(27) *Ehrenzweig, Private International Law* (supra n. 2), p. 76; *id.*, *Conflicts* (supra n. 2), pp. 95-102. また「ジェイムス」次のように述べている。エレンツヴィークのデータ理論を単純な公式に表すとすれば、それは次のことを意味している。すなわち、ある規定の適用は——それが内国のものであれ外国のものであれ——何ら理論的な考慮を必要としない。それらの適用可能性は、いわばそれら自身から自明である。つまり、抵触法は、「裁判規範」を扱っただけである」と。Jayme, a. a. O. (Ann. I), S. 39.

(28) ジェイムスは、エーレンツヴァイクの抵触法理論におけるデータ理論の位置づけを、次の七段階の原則にまとめている。³⁾ Jayme,

a. a. O. (Ann. I), S. 41ff. すなわち、

- ① 「道徳的データ」が問題となる場合には、準拠法の決定は何ら必要ではない。それは法廷地法の問題だからである。
- ② 外国の「地域的データ」は内国実質規定の範囲内で考慮することができる。そのために、その内国規定が外国法に替えられることはない。
- ③ 次に、まず確立した抵触規定が存在しているか否かが確認されなければならない。そのような抵触規定は主張されるだけでは十分でなく、「現行規定 (operative rule)」であることが重要である。
- ④ そのような抵触規定が存在しない場合には、「未完成の規則 (inchoate rule)」すなわち判例の結論の基礎になっているが、まだ完全には整理されていない未完成の規則が探求されなければならない。
- ⑤ そのような規則も欠けている場合には、法廷地の実質規定の法目的が参照される。内国実質規定の解釈は、内国法の適用にも外国法の適用にも通じうる。
- ⑥ そのような調査によっても、適用されるべき実質規定に至らない場合には、法廷地法が適用される。
- ⑦ 最後に、管轄裁判所が「便宜な法廷地 (forum conveniens)」であるか否かは、常に吟味されなければならない。

三 ドイツにおけるデータ理論の展開

(1) エーレンツヴァイクのデータ理論の継受

一 エーレンツヴァイクのデータ理論は、その後、アメリカにおいてはほとんど言及されることがないにもかかわらず、ドイツでは一定の支持者を見だし、さらに様々な法分野において展開をみせるまでに至っている。ところで、彼のデータ理論がドイツにおいてこのような広がりをもって論じられるようになった主たる理由としては、次のような点が考えられる。

第一に、エーレンツヴァイクも指摘していたように、ヨーロッパの学説・判例においても、渉外的法律関係の規

律にあたつて、準拠法所属国以外の外国の法規を考慮することがすでに以前から認められてきたということである。たとえば、ドイツの通説・判例によれば、不法行為の領域における不法行為地法主義の緩和に伴い、行為地法以外の法秩序が不法行為準拠法とされる場合であっても、行為地の安全法規および行為規範 (Sicherheits- und Verhaltensnormen) は、当事者の行動の法的な評価に関連して考慮されると解されてきた。また、国際契約の分野においても、契約準拠法所属国以外の第三国の通商規制法規が、準拠実質法上の履行不能や公序良俗違反の前提として、各国の裁判所によって考慮されてきたことはすでによく知られているところである。³ データ理論は、もともと、このような現象を合理的に説明する一つの理論として、ヨーロッパの国際私法理論の中に導入されたものとみることができる。

第二に挙げられるべきは、このようなデータ理論が、エーレンツヴァイクの法廷地法主義理論からは一応切り離して考察することが可能であったという点である。すでに述べたように、エーレンツヴァイクは、「データ」の問題を抵触法理論の対象外の問題としており、したがって、彼の法廷地法主義理論もデータの問題には適用されないとしていた。そのために、伝統的な国際私法理論の立場からは受容することが困難な彼の法廷地法主義理論も、データ理論を導入する障害とはならなかったのである。

さらに第三の点として、ドイツにおけるデータ理論の普及に関しては、ジェイムの貢献を見逃すことができないであろう。フェターが、データ理論は、エーレンツヴァイクがアメリカ法について行つた考察に引き続いて、ジェイムがそれをさらに展開し、ドイツの法理論の中に導入したものであると述べているように、エーレンツヴァイクのデータ理論は、ジェイムの紹介を通じて、ヨーロッパの研究者の注目を集めることになったことは否定できない。さらにまた、近時、様々な分野でデータ理論の導入を試みている若手の研究者の多くが、直接または間接にジェイムの指導を受けていることからみても、ドイツにおけるデータ理論の展開に関して、ジェイムはきわめて大きな役

割を果たしているとみることができる。

それでは、データ理論は、ドイツにおいてどのような展開を遂げているのであろうか。以下では、データ理論が近時有力に主張されている三つの分野——不法行為法、契約法、家族法——について、とくに学説を中心として、その展開の様子を概観することにした。

(2) データ理論の展開

二 国際不法行為法

不法行為の分野において、外国法を「データ」として考慮すべきことを最も詳細に説いているのがシュトルである。シュトルは、まず第一に、行動地 (Handlungsort) において妥当している行為規範の考慮について、次のように述べる。すなわち、渉外的な不法行為事件において、不法行為責任の基準および責任の効果を決定するのは不法行為準拠法である。不法行為準拠法として指定された法秩序が、行為規範または「保護法規 (Schutzgesetzen)」の違反 (BGB 八二三条二項) を不法行為の要件としている場合、その行為規範および保護法規はその国のそれを意味している。しかし、不法行為法上判断されるべき行為が別の国で行われた場合には、不法行為準拠法の責任規定が本来予定していない事実関係、すなわち外国における事実関係にその規定を転用することが必要となる。その場合、一方で、不法行為準拠法の責任規定の意義および目的に合致する限り、行動地で妥当している行為規範または保護法規が内国のそれに代わらなければならない。他方、内国の行為規範も、それが外国における事実関係に適合する場合には、外国の行動地におけるその遵守を要求することができる。この点においても、およそ問題となるのは不法行為準拠法の責任規定の合目的な解釈である。外国の行為規範は、「適用」されるのではなく、この責任規定の枠内で考慮されるのである。と。こうして、シュトルは、その解釈をドイツ法の場合に当てはめている。すな

わち、ドイツ民法二七六条一項後段は、一般に、交通に必要な注意を払う義務を課しているが、行為者は、他の交通関係者がその地域の事情に従って遵守されていると信頼することが許される、すべての行為規範を遵守している場合のみ、その地域においてこの義務を果たしているといえる。したがって、たとえば、道路のどちら側を通行すべきかという規則や交通標識に関する規則のように、交通関係者のその場における相互反応をコントロールする交通法規については、信頼保護の観点からも、それらの法規が考慮される必要がある。これに対して、ヘルメットの着用義務やシートベルトの装着義務に関する規定は、他の交通関係者の保護を目的としているわけではないから、責任の根拠としては当然には考慮されない、と。

次に、シュトルは、不法行為における先決問題の処理に関して次のように述べる。ドイツにおける通説的見解によれば、たとえば、監督義務者の責任（BGB八三二条）の場合における監督義務の存否や扶養義務者が死亡した場合に認められる扶養権利者の加害者に対する賠償請求権（同八四四二項）の前提となる扶養義務の存否のような、不法行為準拠法上生じる「先決問題」については、不法行為準拠法によるのではなく、法廷地国際私法によって指定されるそれぞれの問題の準拠法——たとえば、監督義務の準拠法および扶養義務の準拠法——が適用される。しかし、そのような先決問題の抵触法的処理が適切であるか、それは最初から視野を狭くすることにならないかは疑問である。むしろ、不法行為実質規定と関連する法概念の意義は、涉外的事実関係の場合にも、その実質規定のそれぞれの目的に応じて、実質法上独立して決定されなければならないのではなからうか。もしもその問いが肯定されるとすれば、その外国法は——その法目的に従ってその法が問題となる限り——、単に間接的に構成要件の要素（*Tatbestandsmoment*）あるいは「データ」として作用するのであり、つまり、法として適用されるのではなく、法的事実（*Rechtsatsache*）として実質法上考慮されるのである、と。¹⁰このように、シュトルは、不法行為準拠法上の法律問題について、いわゆる「先決問題の処理」によるよりも、準拠実質法上の合理的な解釈を優先し、

その場合に、関連する外国法は不法行為準拠法の枠内で評価されるべき単なる法的事実であると解しているのである。¹¹⁾

このような不法行為の構成要件に関する問題のみならず、不法行為の効果に関連して、データ理論の適用を主張するのがヴァーグナーである。ヴァーグナーは、たとえば、交通事故発生後に被害者が加害者の居住地国に転居し、そこで損害賠償の訴訟を提起したというように、不法行為の発生後に両当事者が共通の「環境の法 (Umweltrecht)」を有することになった場合について、損害調整 (Schadenstregulierung) の単純化を達成し、不法行為法の損害回復機能に應えるという理由から、不法行為準拠法を分割し、不法行為責任の要件は事故当時の不法行為地法によるが、責任の効果は口頭弁論終結時の当事者の共通環境の法に従って判断されたとの立場を主張している。¹²⁾ この場合、ヴァーグナーは、伝統的国際私法理論の立場から、準拠法の分割 (dépeçage) と準拠法の変更 (Statutenwechsel) という理論構成によって、右の主張を理由づけているが、あわせてデータ理論の立場に基づく理論構成についても考察を加えている。それによれば、慰謝料請求の場合には、その算定にあたって、たとえばドイツ民法八四七条のよな衡平条項 (Billigkeitsklausel) —— 慰謝料について、被害者は金銭による衡平な賠償を請求できる —— が問題となる。これは、エーレンツヴァイクのいう「道徳的データ」の典型的な例であり、法廷地法によって判断されるべき問題である。したがって、たとえば外国で交通事故が発生したという場合、責任の要件は外国法によるとしても、判決言い渡しの時点で当事者がドイツに通常居所を有するときは、慰謝料請求の算定基準はドイツの算定法によって判断される。一方、現状回復請求については、たとえば外国で毀損された物の修理をドイツで行ったという場合、その損害の算定はその修理が行われた地の基準によるべきであるから、「地域的データ」としてドイツの損害賠償基準が考慮されることになる。¹⁴⁾ このようにして、ヴァーグナーは、不法行為の効果の問題に關しても、データ理論を適用することができるとの立場を明らかにしている。¹⁵⁾

さらに、不法行為法の分野におけるデータ理論の展開に関しては、これを明文で採用したと考えられる国際条約および若干の国内立法が存在することを指摘しておく必要があるであろう。たとえば、一九七一年の道路交通事故の準拠法に関するハーグ条約七条は、「準拠法のいかにかわらず、責任の決定にあたっては、事故当時その地において効力を有した交通および安全法規 (règles de circulation et de sécurité) が考慮されるものとする」と規定している。¹⁶ 支配的な見解によれば、この規定は、事故地の交通および安全法規に対して、単に準拠法上の構成要件的効力 (Tatbestandswirkung, datum effect) を認めたにとどまり、規範的効力 (Normwirkung, norm effect) を認めるものではないと解されている。¹⁷ また、生産物の市場地国の安全法規の考慮を妨げないとする、一九七三年の生産物責任の準拠法に関するハーグ条約九条¹⁸、および行為地における安全法規および行為規範が考慮される旨を規定するスイス国際私法一四二条二項¹⁹なども、同一の思想に基づくものと考えられる。

三 国際契約法

近時、国際契約に関連してデータ理論が提唱されるのは、契約準拠法所屬国以外の第三国の強行法規が問題となる場合である。²⁰ すなわち、B国の販売業者がA国のメーカーから商品を輸入するためにB国法を準拠法として売買契約を締結したところ、A国政府がその商品の輸出を禁止し、これに違反する取引を無効としたという事案において、契約の履行を求められたB国の裁判所は、A国の輸出禁止法にどのような効力を認めるべきかが問題となる。このような場合の解決方法として従来から有力に主張されているのは、次の二つの見解である。一つは、右の輸出禁止法のように私法的な法律関係に強行的に介入する法規（いわゆる介入規範 (Eingriffsnorm)）は、契約準拠法とは別個の基準によって独立して連結され、適用されるとする「強行法規の特別連結 (Sonderanknüpfung)」の立場である。²¹ これに対して、もう一つの見解は、これらの法規は、契約準拠法上の履行不能または公序良俗などに関

する規定の構成要件に該当する事実として考慮されるところの立場である。ドイツでは、学説上、特別連結説が有力に主張されているが、判例はむしろ後者の立場をとっている。²¹⁾

ところで、このような第三国の強行法規に関してデータ理論の適用を主張するのがミュールベルトである。彼は、まず、特別連結説について、それが実質的な衡平の考慮(Billigkeitserwägung)を排除するものであると批判している。すなわち、特別連結説によれば、外国介入規定をドイツ法と同様に法律として扱うのであるから、その法律効果として考えられるのは、法律の禁止違反を理由とする無効(BGB一三四条)か原始的不能(同三〇六条)もしくは後発的不能(同二七五条)といった法律上の不能である。このことは、特別連結をすると決めることによって、実質法のレベルにおいてもその法的な判断が予め決定されることを意味する。つまり、外国介入規定にドイツ法と同等の法としての資格を認めることによって、裁判官は、法律違反あるいは履行不能の存在という問題に関して、もはや評価の余地をほとんど有していない。なぜならば、法律の規定から生じる履行不能は、衡平の根拠からすると当該契約当事者の関係では別の責任分担のあり方が適切ではないかといった点を顧慮することなく、成立するかである。²²⁾

これに対して、外国介入規定を内国実質法の枠内で考慮するという判例の立場によれば、外国介入規定は、公序良俗違反(BGB一三八条)もしくは事実上の履行不能、さらには行為基礎の喪失(同二四二条)を構成する事実として考慮される。ミュールベルトは、外国規定がそのような構成要件の面における「地域的データ」として考慮されることによって、同時にそれは実質的な衡平の考慮に道を開くものであると、判例の立場を積極的に評価している。いわく、「裁判官は、外国介入規定から事実上の不能が発生するかどうかという問題についてずっと自由であるばかりでなく、それによって個別契約の責任分担の観点をも取り入れることが可能になる。したがって、彼は履行不能を否定すべき場合であっても、さらになお……行為基礎の喪失というとくに事実に適合した制度を援用する

ことが可能である」²³と。さらに、フエターもまた、このようなデータ理論の柔軟性について、「データ理論の長所は、この方法によれば、しばしばあまりに硬直的であると感じられ、そして往々にして不満足な結果に至る、外国介入規定の直接適用を回避することができるという点に示されている」と述べている。²⁴

このように第三国の介入規定についてデータ理論を適用する見解は、基本的に従来の判例の立場を支持しつつ、それが方法的に確立された理論的な基礎づけもなく行われてきたという認識に立って、データ理論にその理論的基礎を求めようとしているのである。²⁵

四 国際家族法

国際家族法の分野についても、すでにジェイムがデータ理論の有用性について論じていたが、近時、この分野において詳細な研究を公表しているのがヘスラーである。彼は、また、エーレンツヴァイクのデータ理論を「国際私法の二段階性 (Zweistufigkeit des IPR)」という構想によって再構成しようと試みており、以下では彼の見解を中心に国際家族法におけるデータ理論の展開をみることにしたい。

ドイツでは、近時の一連の家族法の改正によって、たとえば養子縁組の基本的要件として「子の福祉」を要求する規定 (BGB 一七四一条一項) や婚姻の継続を認めることが「不当に苛酷 (unzumutbare Härte)」な場合には所定の別居期間を経ないでも離婚を認める規定 (同一五六五条二項) のように、一般条項がしばしば用いられるようになってきている。このような一般条項は、現代生活の多様性に対応するために実質法上必要なものと理解されているが、ヘスラーは、涉外事件においては、それは、外国法にとって新たな——つまり、抵触法上の指定とは別の平面での——進入口であることが明らかとなってきたとする。²⁶ そのような例として、ヘスラーが挙げるのが次のようなミュンヘン区裁判所の判決である。²⁷

すなわち、留学のためミュンヘンに居住していたパキスタン人夫婦が、ドイツの公証人の面前で妻の同意の下にタラクにより離婚²⁹をし、その離婚はパキスタンにおいて登録された。家族法変更改法七条に基づく夫による離婚の承認の申立に対して、バイエルン州法務省は、ドイツ国内における離婚については裁判所が排他的な権限を有すること（BGB一五六四条）を理由として、その申立を却下した。そこで、夫は、ミュンヘン区裁判所に離婚の申立を行ったが、妻も離婚には同意していた。裁判所は、タラクによる離婚はドイツの公序に反するとし、本件離婚の許否はドイツ法によって判断されたとした。その上で、本件夫婦はまだ一年以上の別居期間を経過していないが、彼らの本国法によれば有効に解消されている婚姻を維持することはドイツ民法一五六五条二項の意味における「不当に苛酷」な事となるとして、結局、本件離婚請求を認容した。

この判決を例に取り上げて、ヘスラーは、次のように自己の見解を展開している。すなわち、ドイツ民法一五六四条は、国際私法の特別規定としてドイツ国内における私的離婚（*Privatscheidung*）——裁判によらない離婚——を禁止している。³¹したがって、外国における私的離婚は、離婚準拠法上有効であれば、ドイツにおいても承認されるが、ドイツ国内におけるものは、たとえ離婚準拠法上有効とされる場合にも、ドイツでは認められないことになる。³²このように、ドイツ民法一五六四条は離婚実質法と離婚手続を分離することになるため、両者間に不調和が生じる。³²ヘスラーは、このような状況を国際私法上の緊張状態（*Spannungslage*）と呼び、その解決は次のような二段階の方法によるべきであるとする。³³すなわち、まず抵触規定によって準拠法を決定し、その後、当該準拠法上の実質規定の平面において、抵触法の段階で排除された外国法を準拠実質法の一般条項の枠内で考慮することにより、両者間の実質的な調和を図るというものである。つまり、右の例に照らせば、離婚準拠法であるドイツ民法の一般条項の中で、当事者の本国法であるパキスタン法を考慮し、パキスタンにおいてはもはや存在しない婚姻をドイツとの関連においても解消するのである。

ヘスラーは、このような二段階の処理をすることによって、抵触法の段階においては、法的安定性および判決の予測可能性に配慮した伝統的な準拠法指定の体系を保持しつつ、準拠法を適用する段階において、抵触法上いったん排除された外国法を実質法上の一般条項の枠内で考慮し、涉外事件のために準拠実質法を修正することによって、右に述べた不調和を具体的に解決することができると主張している。³⁴ 法的安定性および跛行的な法律関係の防止が重視される家族法の分野では、伝統的な準拠法指定の体系は依然として長所をもっており、適切な本国法との牽連性という考え方は、その有効性を失っていない。他方、そのような抵触規定の適用によって生じる実質的な不調和は、判決の国際的な調和が重視される家族法の領域では、準拠実質法の解釈の範囲内で図られなければならない。すなわち、外国法の考慮を決定するのは、あくまでも準拠実質法である。³⁵ このようにして、ヘスラーによれば、外国法を内国の解釈可能な一般条項の中でデータとして考慮することは、国際私法における特別な実質規定を作り出すのでもなく、また準拠法指定の基本的構想を廃することもなく、指定された実質法の盲目的な適用から離れて、国際化され、与えられた機能を果たす能力のある実質法に当該事実関係を服させることに向かつての、家族法においても必要かつ可能な一歩であるとされるのである。³⁶

五 以上みてきたように、ドイツにおけるデータ理論の展開は、私法的な法律関係のほぼすべての分野に及んでおり、またその理論的な基礎づけもエーレンツヴァイクの見解に比べて一段と詳細になっているように思われる。そこで、次に項をあらためて、データ理論の意義とその問題点について若干の検討を行うことにしたい。

(1) ライマンは、エーレンツヴァイクについて、アメリカの抵触法の議論においては偉大なプレイヤー (major player) であるが、現在においてみれば、結局わずかな影響 (minor influence) を残したにとどまったと評している。そして、アメリカでは、エーレンツヴァイクは「データ理論」の著者であるという特別の榮譽も得ていないし、ドイツにおける状況とは異なり、

四四二

言及されるべきことである。M. Reimann, Albert A. Ehrenzweig and the American Conflict of Laws: A Major Player with a Minor Influence, in: Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland, 1993, S. 413. なお、ライマンの論文については、五十嵐浩「亡命ドイツ法学者のアメリカ法への影響」札幌法学六巻「二合併号」四一—六頁以下（一九九五年）に紹介がある。

- (2) たとえば、BGH v. 23. 11. 1971, BGHZ 57, 265 = NJW 1972, 387 = IPRspr. 1971 Nr. 18. ほかの判決および H. Stoll, Deliktstatut und Tatbestandswirkung ausländischen Rechts, in: Festschrift für K. Lipstein, 1980, S. 260ff.; ders., Die Behandlung von Verhaltensnormen und Sicherheitsvorschriften, in: Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse, 1983, S. 161ff.; Kreuzer, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 2. Aufl., 1990, Rz. 290 Art. 38 EGBGB; Staudinger-von Hoffmann, Kommentar zum BGB, Art. 38nF EGBGB, 12. Aufl., 1992, Rz. 152ff. に掲げられた諸文献を参照。なお、この点については、中野俊一郎「涉外的道路交通事故と共通属人法の適用——ドイツ判例理論の展開——」神戸法学雑誌四二巻「二」五九—一六〇頁（一九九二年）も参照。

- (3) ヨーロッパ諸国の判例が、準拠実質法上の履行不能や公序良俗違反の判断に関連して、契約準拠法以外の外国法を参照していることに関しては、横山潤「国際契約と官庁の許可」遠藤浩・林良平・水本浩監修『現代契約法大系 第八巻 国際取引契約(1)』一四六—一五三頁（一九八三年）、同「外国公法の適用と考慮——いわゆる特別連結論の検討を中心として——」国際法外交雑誌八二巻六号四八—六〇頁（一九八四年）、拙稿「国際取引の公法的規制と国際私法——西ドイツにおける判例を中心として——」松井芳郎・木村照・加藤雅信編『国際取引と法』一七二—一七六頁（一九八八年）などを参照。

- (4) ヘスラーは、エーレンツヴァイクの法廷地法アプローチは、データが問題となる「非選択の事例」を除外した、残された問題に対してのみ適用されたとした上で、さらに次のように述べている。すなわち、データ理論が抵触法理論の援用される必要のない場合を細分化するとしても、そのことによって、法典化された国際私法に適合しない要素が挿入されるのではないかなどといったことに頭を悩ますことは無駄である。データは、実質規定の中で考慮されるからである。その場合に、そのデータが抵触規定によって指定された実質法の中で効果を発揮するか否かは重要ではない。H. J. Hessler, Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht, 1985, S. 167.

- (5) E. Vetter, Kollisionsrechtliche Fragen bei grenzüberschreitenden Subunternehmerverträgen im Industrieanlagenbau, ZVglRWiss 87, Jg. 1988, S. 272.

- (6) 後述する「スラー・ヴァーグナー・グルントマン」などは、いずれもシェイムを指導教授としている。

- (7) Stoll, Deliktstatut, a. a. O. (Ann. 2), S. 263f. づれに對し「その規則違反が「法律上當然の過失 (negligence per se)」を構成するか、過失の推定にとどまるかといった規則違反の評価の問題は不法行為準拠法によることになる。Ebenda, S. 265.
- (8) Stoll, Deliktstatut, a. a. O. (Ann. 2), S. 264. さらに「シュトルは、ドイツ国際私法會議第二委員會に提出した鑑定意見書の中で、この主張を次のような立法提案の形にまとめている。すなわち、「一般の交通への参加の際に事故が生じた場合、その責任の決定にあたっては、事故地において妥当しているその地の交通および一般的な安全に関する規定は、それとは別の法が責任法上基準となる場合であっても、拘束力があるものとみなされる。ただし、後者の法（責任の準拠法）の行為規範および安全法規が、前者（事故地法）の規定の目的と調和し、かつその地の状況に適合する場合には、この限りでない」。Stoll, Die Behandlung von Verhaltensnormen, a. a. O. (Ann. 2), S. 180.
- なお「シュトルの立法提案および鑑定意見について詳しくは、国友明彦「契約外債務に関するドイツ国際私法の改正準備(三)」法学雑誌三八卷三、四合併号六八〇—六八五頁（一九九二年）を参照。
- (9) Vgl. Soergel-Lüderitz, in: Kommentar zum BGB, Bd. 8, 11 Aufl., 1983, Rz. 77 Art. 12 EGBGB, Kreuzer, a. a. O. (Ann. 2), Rz. 291; Staudinger-von Hoffmann, a. a. O. (Ann. 2), Rz. 159.
- (10) Stoll, Deliktstatut, a. a. O. (Ann. 2), S. 259f.
- (11) たとえば「シュトルは、監督義務者の責任について次のように述べている。監督を要する者がなした不法行為に関する監督義務者の責任の場合にも、その責任を判断する上で重要なすべての問題は、監督を要する者が第三者に対して違法に損害を与えた地の法に従って処理される。他方、監督義務の存在は、不法行為準拠法の枠内で評価されるべき単なる法的事実である。この問題を、国際私法規定に従って連結されるべき「先決問題」の問題であると考え、誤解につながる。とくに、行為者が監督を必要としたか否かはまず一度不法行為準拠法に従って——監督者と行為者との間の法律関係を支配する法秩序によるのではなく——判断されなければならない」とStoll, Deliktstatut, a. a. O. (Ann. 2), S. 268f.
- (12) E. Wagner, Statutenwechsel und dépeçage im internationalen Deliktsrecht, 1988, S. 143ff. ウァーグナーの研究は、一九八三年三月八日のBGH判決 (BGHZ87, 95 = NJW 1983, 1972 = IPRax 1984, 30) を契機としている。その事案は、次の通りであった。原告は、ポーランド人の夫をもち、同国に居住するドイツ人女性であったが、同国を訪問中の被告（ドイツ在住のドイツ人）運転の車に同乗中、ポーランド国内で交通事故に遭遇し、重傷を負った。原告は、その後、夫と離婚したため、ドイツに転居し、ドイツ裁判所に損害賠償の訴訟を提起したところ、連邦通常裁判所は、準拠法の変更を否定し、不法行為地であるポーランド法が準拠法であると判示した。Ebenda, S. 24f. なお、この判決に関しては、中野・前掲（二）一四五一—一四六

頁参照。

- (13) Wagner, a. a. O. (Ann. 12), S. 74ff. a) とも、不法行為における準拠法の変更にについて、ドイツの通説・判例は、一般に否定的である。Ebedda, S. 47ff. Vgl. Soergel-Lüderitz, a. a. O. (Ann. 9), Rz. 27, 31; Kreuzer, a. a. O. (Ann. 2), Rz. 75, 85; Staudinger-von Hoffmann, a. a. O. (Ann. 2), Rz. 133.
- (14) Wagner, a. a. O. (Ann. 12), S. 189ff.
- (15) 同様に、グルントマンは、国際刑法に関連して、法律効果の面におけるデータ理論の適用を問題にしている。彼によれば、国際刑法、とりわけ刑法四六条（刑の量定の原則）の適用にあたって、責任の基準を決定する際にデータ理論の必要性は大きいとされ、行為者の外国人としての身分（Ausländereigenschaft）に基づいて、その本国の基準が考慮されるべきであるとしている。S. Grundmann, Berücksichtigung ausländischer Rechtsvorstellungen im Strafrecht — Zur "Datentheorie" im internationalen Strafrecht, NJW 1985, 1254.
- (16) 同様の規定は、一九七二年に公表されたEECの契約及び契約外債務の準拠法に関する条約予備草案二二条にも採用されている。同規定については、加来昭隆「契約外債務の準拠法（三）」福岡大学法学論叢二五巻一二・四合併号二七—三二頁（一九八一年）参照。
- (17) Stoll, Die Behandlung von Verhaltensnormen, a. a. O. (Ann. 2), S. 167f. なお、この規定については、国友・前掲（八）六八〇—六八一頁参照。
- (18) 生産物責任の準拠法に関する条約九条は、次のように規定している。「四条、五条及び六条の適用は、生産物が流通市場に置かれた国において効力を有する安全法規が考慮されることを妨げない。この条約の作成に関与したドイツ代表の一人であるローレンツは、この規定によって考慮される市場地の安全法規は地域的なデータでしかないとしている。W. Lorenz, Der Haager Konventionsentwurf über das auf die Produkthaftungspflicht anwendbare Recht, Rabals Z., 37 Jg., 1973, S. 351. なお、九条については、拙稿「生産物責任の法選択に関する一考察（一）」名古屋大学法政論集九一号二二—二三頁（一九八二年）国友・前掲（八）六八一—六八二頁参照。
- (19) スイス国際私法一四二条二項は、「行為地における安全法規及び行為規範は考慮されるものとする」と規定している。本条の立法理由は、次のように述べられている。「第二項は——それ自身自明なことではあるが——、次のことを確認している。すなわち、責任の決定にあたって、地域の安全法規および行為規範（local rules of conduct）が考慮されるという点である。同様な規定は、最近の不法行為に関する条約においてもそれぞれ規定されている。」Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982 (1983), S. 169f.

- (20) 強行法規の特別連結論については、桑田三郎「国際私法における強行的債務法の連結問題」法学新報五九卷二二号五〇頁以下（一九五二年）、折茂豊「強行的法規の特別連結論について」(一)「(二)」国際法外交雑誌六四卷三三頁以下、六五卷五号四三頁以下（一九六六年）、同「当事者自治の原則」一八六頁以下（一九七〇年）、横山・前掲（三）「国際契約と官庁の許可」一四五頁以下、同・前掲（三）「外国公法の適用と考慮」四一頁以下、山本敏三「国際契約と強行法規」遠藤浩・林良平・水本浩監修『現代契約法大系 第八巻 国際取引契約(1)』一一五頁以下（一九八三年）、拙稿・前掲（三）一六七頁以下、井之上宜信「国際私法における特別連結論について」高岡法学二巻二二号二六七頁以下（一九九〇年）など、わが国においても多数の研究がある。
- (21) 特別連結論を支持する見解としては、W. Wengler, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie, ZVGIRwiss 54 Jg. 1941, 181ff.; K. Zweigert, Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote, Rabelsz. 14 Jg. 1942, S. 290ff.; Martiny, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 2. Aufl. 1990, Rz. 33 Art. 34 EGBGB, などがある。判例については、拙稿・前掲（三）一七二―一七六頁参照。
- (22) P. O. Mülbert, Ausländische Eingriffsnorm als Datum, IPrax 1986, S. 140f. もともと、ミュールベルトは、このような実質的な衡平の考慮の排除は、特別連結説の基本思想を背景にした場合には首尾一貫するとする。すなわち、特別連結説の中心的な関心は、国際的な判決の調和の確立と並んで、他国が追求している——そしてその国がきわめて重要だと感じている——利益に配慮して、その利益の実現に役立つその国の法律をできる限り考慮するという点にある（礼譲の思想）。この点に関して、実質的な衡平の考慮は、何らの役割も演じることとはできないからである」と。Ebedda, S. 141.
- (23) Mülbert, a. a. O. (Anm. 22), S. 141. なお、外国の介入規定を内国実質法上の公序良俗違反との関係で考慮する場合には、「地域的データ」と「道徳的データ」との関係が問題となるものと思われる。この点について、ミュールベルトは、外国の「道徳的データ」は例外的にのみ考慮されうるとする。そして、判例がドイツ民法一三八条（良俗違反）の枠内で外国の禁止法を考慮していることは、これと矛盾するが、輸出禁止や輸入禁止のような外国の禁止規定は、多くの場合、第一に法道徳的な価値を表しているのではなく、実質的観点に基づいている。したがって、それらの規定は、内国の「道徳的データ(data moralia)」を明確化するのに役立つ「地域的データ」と性質決定することができると述べている。Ebedda, S. 141, Anm. 13.
- (24) Vetter, a. a. O. (Anm. 5), S. 272.
- (25) Vgl. Mülbert, a. a. O. (Anm. 22), S. 141; Vetter, a. a. O. (Anm. 5), S. 272; Martiny, a. a. O. (Anm. 21), Rz. 49.
- (26) すでに「シェーム」は「社会主義諸国の家族法上の一般条項の適用に関連して」法廷地であるドイツの法観念が「道徳的データ」として考慮されるべきであると論じていた。E. Jayme, Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen

— Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie —, in: Gedächtnisschrift für Albert Ehrenzweig, 1976, S. 46f.

- (27) Hessler, a. a. O. (Anm. 4), S. 1.
- (28) AG München v. 5. 12. 1980, IPRax 1982, 250.
- (29) イスラム諸国におけるタラク離婚については、大村芳昭「タラク離婚の改革とその限界——イスラム法社会の問題——」家裁月報四六卷一〇号一九三頁以下（一九九五年）が詳しい。
- (30) ヘスラーは、本文に述べた事例のほかに、次の二つの事例を挙げている。一つは、フランス人男性と婚姻したことによってフランス国籍を取得したドイツ人女性が、夫から申し立てられた離婚訴訟中にドイツ国籍を再取得したという事案において、離婚後の年金受給権の調整（Versorgungsausgleich）が問題となったものである。BGH v. 26. 5. 1982, NJW 1982, 1949 = IPRax 1983, 180. 連邦通常裁判所は、離婚の効果は統一的にドイツ法に従って判断されたとしたが、ヘスラーは、ドイツ民法一五八七c条一号——当事者間の関係を考慮した場合それが著しく不当なときは、受給権の調整を制限している——の具体化にあたって、抵触法上排除されたフランス法が考慮されるとしている。Hessler, a. a. O. (Anm. 4), S. 2f. いま一つの例は、異国籍者間の養子縁組の場合である。一九八六年改正前のドイツ民法施行法二二条一項によれば、ドイツ人が外国人を養子とする場合、養子縁組は養親の本国法であるドイツ法によることになるが、ヘスラーは、実質的な養子保護の観点から、ドイツ民法一七四一条一項の「子の福祉条項」の範囲内で、その養子縁組が養子となるべき者の本国法によっても有効であるか否かが審査されるべきであるとしている。Eberda, S. 3f.
- (31) 現行の民法施行法一七条二項では、国際私法上、ドイツ国内における離婚に関して裁判所が専権を有することが規定されており、実質的には現在でも事情は異ならぬ。なお、この点については Winkler von Mohrenfels, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 2. Aufl. 1990, Rz. 86ff. Art. 17 EGBGB, 参照。
- (32) ヘスラーによれば、一五六条が離婚実質法と離婚手続を分離することになるため、次のような不調和が生じるとされる。すなわち、当事者の本国法である外国法が離婚準拠法として適用されるとすれば、ドイツ裁判所は、当該準拠法によればもはや存在しないはずの婚姻を判決によって解消しなければならないことになる。したがって、その場合、裁判所は離婚準拠法から離婚原因を引き出すことができないという問題が生じる。他方、ドイツ法が離婚準拠法となるとすれば、当事者の本国においてはずでに有効に離婚している者に対して、なおドイツ民法一五六条が定める別居期間を要求することになる。Hessler, a. a. O. (Anm. 4), S. 98f.; id., Datum-Theorie und Zweifelfreiheit des internationalen Privatrechts, in: Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht, 1986, S. 138f.
- (33) Hessler, a. a. O. (Anm. 4), S. 99f.

- (34) Hessler, a. a. O. (Ann. 4), S. 177 ; id. Datum-Theorie, a. a. O. (Ann. 32), S. 140f.
- (35) Hessler, a. a. O. (Ann. 4), S. 171f. ; id. Datum-Theorie, a. a. O. (Ann. 32), S. 141. ヴスラーは、本文で引用した事例に関連して、ドイツ民法二五六条二項を次のように解釈している。すなわち、同規定は、婚姻の継続を認めることが不当に苛酷な場合には、一年間の別居期間を経過していないときにも離婚を許容する。これは、離婚請求の真摯さを審査し、権利の濫用を排除することを目的としている。ところが、外国法によれば婚姻がすでに有効に解消されている場合には、もはや真摯さの審査も権利濫用の防止も不要である。そのような外国法は、人的な関連性の故に、実質上直接に結び付けられた規定として、つまりデータとして、内国法の一般条項の中で作用するのである。と。Hessler, a. a. O. (Ann. 4), S. 173 ; id. Datum-Theorie, a. a. O. (Ann. 32), S. 141.
- (36) Hessler, a. a. O. (Ann. 4), S. 172.

四 若下の考察

一 データ理論の意義

先に見たように、エレンツヴァイクは、主としてアメリカにおける裁判所の判決を観察して得た具体的な判例の動向を説明する一つの理論的枠組みとして「データ」の概念を用いていた。これに対して、近時の「データ理論」は、「データ」としての外国法の考慮に、より積極的な意義を与えているように思われる。たとえば、ヘスラーは、抵触規定を、渉外的な法律関係を規律するためにいずれかの法秩序を選択する一方で、それ以外の法を排斥する排除規定(Verdrängungsnorm)でもあるととらえ、そのような抵触法上排除された法を準拠実質法を適用する段階で渉外事件の規律に再度組み入れることを可能にする方法として「データ理論」を再構成しようと試みている¹⁾。また、ミューレルベルトも、国際契約における「実質的衡平の考慮」という実質法上の法目的を実現する手段として「デー

タ理論」をとらえている。このように、近時のデータ理論は、伝統的な抵触法理論が準拠法選択の段階においては原則として排除している実質法上の利益あるいは実質法上の正義 (materielle Gerechtigkeits) の考慮を、準拠法適用の段階において、それも抵触法の段階では準拠法とされなかった外国法を考慮することによって、実現しようとするものとみることができる。渉外的な法律関係の規律にあたつて、このように実質法上の利益あるいは実質法上の正義の觀念を重視するという点で、これらのデータ理論は、広い意味において、かつてノイハウスが分類した「国際私法の実質法化」の流れに属するものとみることが許されるであらう。

もっとも、いわゆる「国際私法の実質法化」が準拠法適用の段階で実質法の内容や実質法上の利益を考慮しようとしているのに対して、データ理論、とりわけヘスラーの「国際私法の二段階性の理論」は、抵触法の段階と準拠法適用の段階を区別し、実質的な調整をもつば準拠法適用の段階で追求しようとしている点で、「国際私法の実質法化」の理論の中では、比較的穩健な立場をとるものとみることができるであらう。

さらに、右に述べたことも関連して、データ理論が、不法行為準拠法の柔軟化や国際契約における第三国の強行法規の適用といった分野において、重要な役割を演じていることが注目される。これらの分野は、伝統的な国際私法理論が動揺し、その解決が現在も模索されている領域であるが、データ理論は、その中で伝統的な国際私法理論の準拠法指定の方法を維持する役割を果たしているように思われる。たとえば、不法行為法の分野では、不法行為準拠法の柔軟化に伴つて、不法行為地法の役割は相対的に低下しているが、データ理論によれば、責任基準の要素となる行為規範に関しては行動地法が依然として考慮されることになる。あるいは、国際契約における第三国の強行法規の適用に関して、データ理論は、特別連結の方法によるのではなく、抵触法の段階では通常の契約準拠法決定の方法によっている。このように、データ理論は、抵触法による準拠法決定の段階と準拠法適用の段階との區別を前提として、準拠法適用の段階で準拠法以外の法を考慮するという柔軟な方法を採用することによって、伝統的な

国際私法理論を抵触法のレベルでは維持するという機能を果たしているのである。⁷⁾

二 データ理論の問題点

右に述べたように、近時のデータ理論は、判例の現状を説明するための一つの理論的構成を越えて、準拠実質法適用の段階で準拠法以外の法を考慮し、準拠法を実質的に修正するという新たな方法論の導入を志向するものとみることができる。この方法は、準拠法決定の段階では伝統的な立場を維持するという一面をもっているため、伝統的な国際私法理論との調和も可能である。その意味で、一部の国際条約および国内立法がこの立場を採用していることにも理由がある。しかし、すでにドイツにおいても指摘されているように、データ理論には次のような疑問および問題点があることも否定できない。

第一に、何よりもまず「データ」の概念が明確ではないという点である。⁸⁾ カリーおよびエーレンツヴァイクの見解についてみたように、そこでは様々な法規がいわば「データ」の中に放り込まれており、「データ」の概念を画する明確な基準は何ら明らかにされていない。また、近時のデータ理論においても、個別的な問題はともかくとして、一般的に「データ」とは何であるかという点については何ら明瞭になっていない。すでにエブリゲニスが、「データ」という用語は、様々な用語の中で簡潔で容易に適応できるので、まだ十分に範囲が確定されておらず、十分に研究されていない分野における一つの発見の原理の意味をもちうるということは否定できない。⁹⁾ しかし、その前に、その用語にもっと正確な輪郭を与える必要がある¹⁰⁾との批判を加えていたように、単なる理論的な説明の概念としてはともかく、渉外的法律関係を規律する一つの方法論としてデータ理論を考えた場合には、この点はデータ理論の大きな難点の一つといえることができる。

この点に関連して問題となるのは、データ理論といわゆる「先決問題」との関係である。¹¹⁾ 「データ」の対象となる

すべての問題が「先決問題」を構成するわけではないが、カリーの挙げるイタリア人寡婦の補償請求の例や不法行為における先決問題の例のように両者が交錯することは少なくない。先にみたように、この場合について、シュトルは先決問題の処理よりも「データ」としての処理によることを主張している。この見解は、いわゆる本問題の準拠法によって事案を処理する点で本問題の準拠実質法説に類似するが、関連を有する外国法が準拠実質法の枠内で考慮されるという点に特色がある。しかし、いずれにせよ問題となるのは、どのような場合が「データ」に該当するかという点であり、この点が明確でない以上、「データ」による処理も、結局、ケース・バイ・ケースにならざるを得ないように思われる。¹⁴

次に問題となるのは、「データ」として外国法が適用される基準である。この点について、エーレンツヴァイクは、データを「地域的データ」と「道徳的データ」に分類し、前者は準拠実質法の解釈によるのに対して、後者は常に法廷地法によるとの基準を示していた。しかし、「道徳的データ」に関して常に法廷地法によることに対しては、内外国法の平等を前提とした国際私法上の正義に反するとの批判がすでに投げかけられている。¹⁵ また、不当利得における不当性に関しても「道徳的データ」として法廷地法の基準によるといった主張にみられるように、果たしてエーレンツヴァイクのいう「公平や正義に関する問題」を常に法廷地法の基準によって判断することが合理的であるかどうかについても疑問がある。¹⁷

さらに問題となるのは、「地域的データ」として選出される外国法の基準である。たしかに、準拠実質法上、参照される外国法の範囲が明確にされている場合——たとえば、相互の保証を要件とする法律などはその範囲が明確である——や事故地の交通法規または安全法規のように特定の地域との結び付きが強固なものについては、その基準は自明である。しかし、ヘスラーの挙げるパキスタン人間の離婚の事例のように、当事者と人的に結びついている法規のような場合には、何故本国法が「地域的データ」として参照されなければならないかについて、準拠実質

法の解釈だけでは必ずしも明らかとはいえないように思われる。¹⁸ また、とくに準拠法が外国法であるような場合に、準拠実質法の一般条項から、さらに別の外国法を解釈によって導き出すことが果たして容易にできるかどうか、実質法の恣意的な操作を許すことにならないかといった点についても問題があらう。¹⁹ その意味では、結局、データ理論は、法廷地法、すなわち内国法が準拠法となる場合に、その機能を果たしうるにすぎないように思われる。

最後に、データ理論に対しては、結局、それは実質法上の問題ではないかとの批判がある。ゾンネンベルガーは、データ理論が対象にしているような問題は、それを抵触法的な立場からみた場合にのみ新しいもののようにみえるが、実質法の観点からは、特別な理論もまた新たな方法も必要ないとし、まったくドイツ実質法の通常の解釈および具体化の問題であるとしている。そして、このような問題をデータ理論と呼び、国際私法上の新たな方向づけを示すものとするに対しては、かえって混乱と誤解を生むとの立場を明らかにしている。²⁰ 「データ」の問題が抵触法上の問題ではなく、実質法上の問題であることについては、データ理論の主張者自身もすでに認めていることである。したがって、結局、問題は、データ理論を先に述べたような新たな方法論として位置づけることが妥当か否かということになる。この点については、すでに述べてきたように、データ理論の主張には少なからぬ疑問と問題点があり、これらが解消されない以上、現在の時点では、消極的な立場をとらざるを得ないであらう。²¹

- (1) H. J. Hessler, *Datum, Theorie und Zweistufigkeit des internationalen Privatrechts*, in: Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht, 1986, S. 139; id., *Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht*, 1985, S. 177f.
- (2) P. O. Mülbert, *Ausländische Eingriffsnorm als Datum*, IPRax 1986, S. 141.
- (3) 伝統的国際私法理論における国際私法上の正義と実質法上の正義との峻別については、G. Kegel, *Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, in: *Festschrift für H. Lewald*, 1953, S. 270ff.; A. Flessner, *Interessenjuris-*

prudenz im internationalen Privatrecht, 1990, S. 13ff. など参照。

- (4) P. H. Neuhaus, *Neue Wege im europäischen Internationalen Privatrecht?*, *RabelsZ.* 35Jg. 1971, S. 407ff. なお、この論文については、桑田三郎教授の翻訳がある。パウエル・ハインリッヒ・ノイハウス（桑田三郎訳）「ヨーロッパ国際私法上新たな道は存在するか」法学新報八・巻九号・三三頁（一九七四年）。
- (5) たとえば、ノイハウスは、「国際私法の実質法化」の例として、実質的により優れた解決を提供する実質法を優先することや、一定の法律行為や人を準拠法の適用にあたって実質的に優遇する傾向などを挙げている。Neuhaus, a. a. O. (Anm. 4), S. 408f.
- (6) ヴァーグナーは、ヘスラーの見解を次のように評している。すなわち、ヘスラーは、指定の技術をもつ伝統的な国際私法を涉外事件から排除することなく、抵触法における緊張状態の実質的な調整を達成している。このことによって、「暗闘への跳躍（Sprung ins Dunkel）」は和らげられる。なぜならば、「後ろへ跳び返る」必要はないが、何かの折に「後ろを振り返る」ことができる可能性は残っているからである」と。E. Wagner, *Statutenwechsel und dépeçage im internationalen Deliktsrecht*, 1988, S. 179.
- (7) Vgl. Hessler, *Sachrechtliche Generalklausel*, a. a. O. (Anm. 1), S. 177.
- (8) この点は、多くの者がデータ理論を批判する点である。たとえば、エーレンツヴァイクがデータ理論に関する論文を寄稿したシンポジウムにおいて、すでにラインシュタインが次のように発言していた。いわく、ここで必要なことは、「データ」という用語によって意味されているものの明確な定義であり、洗練であるとわたしは思う」と。M. Rheinstein, in: G. O. Z. Sundström, *Three Discussions on the Conflict of Laws*, 1970, p. 53.
- (9) 前述のように、「カリーおよびエーレンツヴァイクは多様な法規を「データ」の概念に含めていたが、それらをすべて同列に論じることができるかどうかについても問題があるように思われる。わが国においても、準拠法としてではなく外国法が内国の裁判所によって適用されることはすでに認識されていたが、準拠法選択の問題ではないということ、必ずしも十分には論じられていない。たとえば、池原季雄『国際私法（総論）』、二四頁（一九七三年）参照。
- (10) D. J. Evrigenis, *Regards sur la doctrine contemporaine de droit international privé*, in: *Festschrift für W. Wengler*, Bd. 2, 1973, p. 283.
- (11) データ理論といわゆる「先決問題」との処理の違いは、「先決問題」が本問題とは別個の法選択の問題——法廷地の抵触規則によるか、本問題の準拠法所属国の抵触規則によるか——を引き起こすのに対して、データ理論によれば、準拠法とは別の法が抵触規定に「なる」ことなく、本問題の準拠実質法に直接に作用するという点にある。Hessler, *Sachrechtliche Generalklausel*, a. a. O. (Anm. 1), S. 165; S. Schmidt, in: *Three Discussions on the Conflict of Laws*, a. a. O. (Anm. 8), p. 56.

- (12) たとえば、ヘスラーの挙げる「子の福祉条項」や「苛酷回避条項」などの一般条項の場合には、先決問題は問題とならない。
Hessler, *Sachrechtliche Generalklausel*, a. a. O. (Anm. 1), S. 166.
- (13) 本問題の準拠実質法説については、留池良夫『国際私法講義』二二・〇一二二頁（一九九三年）参照。
- (14) ヘスラーも、「データ理論は、法律効果をその構成要件の中に含んでいる実質規定の解釈によって、提起された問題の解答が抵触法的性質のものではなく、したがって指定法（*Verweisungsrecht*）が適切な問題解決の手段として除外されることが明らかな場合にのみ、力を発揮することができる」としており、結局、準拠実質法の解釈によることを明らかにしている。Hessler, *Sachrechtliche Generalklausel*, a. a. O. (Anm. 1), S. 165.
- (15) Ewiggenis, op. cit. (n. 10), p. 281.
- (16) A. A. Ehrenzweig, *Private International Law*, General Part, 1967, p. 80.
- (17) シールは、エーレンツウィークの「道徳的データ」の概念は玉石混じりであるとする。そして、何が公平であり正しいかについての価値判断を、裁判官は法廷地法の価値観に従ってのみそれを下すことができるというように感情的に強調することは、純粹に心理学的にはおそらく妥当かもしれない。しかし、外見上価値充足が必要な概念を用いる場合に「道徳的データ」を早まって受け入れることは、ほんでもない誤った解釈に至る可能性がある指摘している。K. Siehr, *Ehrenzweigs Lex-Fort-Theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht*, *RabelsZ.* 31Jg., 1970, S. 620. もともと「シェイムやヘスラーは、外国の価値基準がすでに法規の形に結晶化している場合には、「道徳的データ」は「地域的データ」に移行するとして、法原則の形に確定された外国の価値基準は「地域的データ」として考慮されるところの立場をとっている。E. Jayme, *Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen — Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie*, in: *Gedächtnisschrift für Albert Ehrenzweig*, 1976, S. 48f.; Hessler, *Sachrechtliche Generalklausel*, a. a. O. (Anm. 1), S. 161f.
- (18) ヘスラーは、データとしての外国法の考慮の基準は内国実質規定の解釈から得られるとした上で、ドイツ民法一五六五条二項は、離婚請求の真摯さを審査し、権利の濫用を排除することを目的としており、その意味で、ある国での離婚は、その国が一方の本国である場合には、十分といえるとしている。H. J. Hessler, in: *Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht*, 1986, S. 161. しかし、このことによって、何故一方の本国法であれば、それがデータとして考慮されることになるかは明らかとはいえないように思われる。
- (19) データ理論が伝統的な準拠法指定との関係を未解決なままにしているとして、ゾンネンベルガーは次のような批判を加えている。すなわち、多かれ少なかれ外国法を広く考慮してドイツ法を適用することが一般的な法感覚を満足させると信じられる

四五四

場合、右の点が未解決の状態では準拠法についての抵触法上の問題が跳ばされてしまうという懸念がある。この点での兆候は、すでに存在している。もちろん、データ理論が、抵触法上準拠法が決定された後に初めて適切に組み入れられるならば、この懸念は回避される。しかし、その場合には、たとえ第二段階の抵触法的な審査と呼ぶにしても、もはやそれは国際私法の問題ではなく、実質法の問題である。外国法が準拠法として適用される場合にデータ理論がどのようになるかを考えると、いずれにせよ、それによって抵触法の平面と実質法の平面との輪郭が曖昧となり、実質規定の恣意的な操作を許すという危険を払いのけることはできないという点も明白となる。と。Sonnenberger, in: MünchKommBGB, Bd. 7, 2. Aufl., 1990, Rz. 411 Einleitung EGBGB.

(20) Sonnenberger, a. a. O. (Anm. 19), Rz. 442.

(21) 外国法が抵触規定によることなく、準拠実質法の枠内で考慮される場合があることを肯定する見解の多くも、それを「データ理論」という形で一般化することについては消極的であるといえる。たとえば、J. Kropholler, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., 1994, S. 40, N. 17; Frisching/von Hoffmann, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., 1995, S. 36.

五 五 五

わが国をはじめヨーロッパ諸国における通説的な見解によれば、国際私法とは「関係諸国の私法のうちから問題となる涉外的私法関係を規律するに最も適する私法を選択し、これを適用することによって実質的にその法律関係を規律する方法」と考えられている。しかし、従来の伝統的な国際私法の議論においては、準拠法選択の問題がもっぱら中心的に論じられ、準拠法が決定した後については、準拠実質法上の問題であるとして必ずしも十分な議論がなされてきたとはいえない。

ところで、近時、わが国においても、国際的な離婚や外国人の交通事故あるいは労働事故における損害賠償およ

び慰謝料の算定基準をめぐって、準拠法所属国以外の国における物価水準や賃金の基準を斟酌すべきか否かが議論されている。たとえば、最近、新聞等で報道された中国人女性と日本人男性夫婦の離婚事件では、夫の暴行・盗癖などを理由として、結婚後わずか二年で妻が中国へ帰国し、その後、日本の裁判所で離婚および慰謝料の請求を求めたという事案において、裁判所は、「離婚慰謝料は、離婚したことにより受けた精神的苦痛を慰謝するものであるから、離婚した者がどの地で慰謝料を費消することが予定されているか、いい換えると、離婚を求めた者が離婚当時どこで生活していたかを考慮することは当然である」と述べて、慰謝料は二〇万円が相当であると判示した。この事案では、法例一六条但書により日本法が離婚準拠法となるが、裁判所は、日本民法の解釈として、原告の本国であり離婚当時の居住地国である中国の事情を考慮したことになる。このような例は、他に外国人の交通事故や労働事故に関する判決においても示されている。このような場合に、準拠実質法であるわが国の民法の解釈にあたって、事案の涉外性をどのように考慮すべきかが問題となる。憲法における法の下の平等の原則に基づいて、外国の基準の適用を排斥する見解もあるが、被害者の国籍が外国であるという理由による差別であればともかく、実質的な生活状況の差異に基づく相違である限り、一般的に外国の基準を排除することは適切ではないであろう。また、慰謝料額算定の資料となる賃金水準などが当該外国において法定されているよう場合、その外国法規の適用あるいは考慮をどのように説明するかは、さらに一つの問題となるであろう。

先に検討してきたデータ理論は、いわばこのような準拠法決定後の問題について、準拠実質法適用の場面においても、それが涉外性を有するが故に、通常の国内事件とは異なる処理が必要とされるという点に新たな照明を当てたものととらえることができる。涉外的な法律関係の規律に関する新たな方法論としてデータ理論を把握することには、いくつかの疑問および問題点が存在しているが、データ理論として主張された見解の中には、右のような個別的問題について参考となるものも少なくない。その意味で、データという用語を用いるかどうかはともかくと

して、今後は、個々の論点について、涉外事件における準拠実質法の適用のあり方に関する検討を、わが国においても、さらに進める必要があると考えられる。

- (1) 山田鐔一『国際私法』二頁（一九九二年）
- (2) 宇田川幸則「国際離婚における外国人配偶者の慰謝料算定について」戸籍時報四五〇号二八三八頁（一九九五年）およびそこに掲げられた判例・文献参照。
- (3) 一九九四年一月八日付朝日新聞朝刊。秋田地裁大曲支部平成五年二月二十四日判決（平成四年（夕）第五号離婚等請求事件）判例時報一五三二号一一六頁。この判決については、宇田川・前掲（2）二八二九頁、織田有基子「離婚に伴う子の奪い合い、財産争い」法学教室一六七号四一五頁（一九九四年）に紹介がある。
- (4) 宇田川・前掲（2）三〇一三四頁。
- (5) 高松高裁平成三年六月二五日判例時報一四〇六号二八頁。観光旅行のためわが国に短期滞在中の中国人が交通事故で死亡したという事案において、被害者は「中華人民共和国の国籍を有するが、憲法一四条の法の下での平等の原則により、日本人と同一方式で逸失利益を算定すべきであり、経済的社会的事情の異なる中華人民共和国における（被害者の）現実の収入に基づいて逸失利益を算定すべきでない」と判示している。
- (6) 中野俊一郎「外国人被害者の逸失利益の算定基準」涉外判例百選（第三版）一〇三頁（一九九五年）参照。

〔付記〕 本稿は、平成七年度科学研究費補助金・総合研究（A）「二十一世紀に向けた国際私法・国際民事訴訟法の立法化に関する研究」（研究代表者 道垣内正人）の研究成果の一部である。